



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1778 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio San Raffaele, rappresentato e difeso dall'avv.to Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio del difensore in Lecce, via Augusto Imperatore n. 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, rappresentata e difesa dall'avv.to Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Antonio P. Nichil in Lecce, viale Leopardi n. 151;

per l'annullamento

- della nota del 15 ottobre 2012 prot. n. 2012/0148305, con la quale la A.S.L. di Lecce ha comunicato al Consorzio ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento della gestione in accreditamento della R.S.A. di Alessano, località Montesardo, e del verbale della Commissione di gara n. 3 del 12 ottobre 2012;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi incluso il verbale della Commissione di gara n. 2 del 3 ottobre 2012, il Bando e il Disciplinare di Gara;

per l'annullamento, a seguito della presentazione di motivi aggiunti:

- della nota 25 febbraio 2013 prot. n. 2013/00032542;

- del verbale di gara del 21 febbraio 2013 n. 14;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale, in particolare di tutti i verbali e gli atti di gara adottati dalla stazione appaltante, nonché del Bando e del Disciplinare di Gara;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il dott. Paolo Marotta e uditi nei preliminari l'avv.to V. Pellegrino, in sostituzione dell'avv. Gl. Pellegrino, per il Consorzio ricorrente, e l'avv.to G. Garzia, in sostituzione dell'avv.to V. A. Pappalepore, per la A.S.L. di Lecce;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio San Raffaele ha partecipato ad una gara, mediante procedura aperta, indetta dalla A.S.L. di Lecce, con deliberazione del Direttore generale n. 1112 del 20 giugno 2012, per l'affidamento della gestione della Residenza sanitaria assistenziale (R.S.A.) di Alessano per la durata di anni cinque.

Con il ricorso introduttivo del giudizio il Consorzio San Raffaele, dopo aver evidenziato di essere l'attuale gestore della medesima R.S.A. (di Alessano), contesta la legittimità della sua esclusione dalla gara di cui sopra, disposta dalla Commissione di gara con la seguente motivazione: "la documentazione amministrativa, di cui all'allegato V della documentazione di gara presentata dal Consorzio San Raffaele è carente sia dell'indicazione dei soggetti che lo compongono, sia della dichiarazione degli stessi di essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006".

A fondamento della proposta impugnativa il Consorzio ricorrente deduce i seguenti motivi:

- Violazione e falsa applicazione art. 43 d.P.R. 445/00 e 18, comma II, legge 241/90. Eccesso di potere. Violazione del principio del *favor participationis*. Violazione e falsa applicazione artt. 38, 46 e 46-bis del d.lgs. 163/2006.

Si è costituita in giudizio la A.S.L. di Lecce, contestando nel merito la fondatezza del proposto gravame e chiedendone pertanto la reiezione.

Con ordinanza di questo Tribunale n. 677/2012 è stata respinta l'istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente (l'appello cautelare proposto dal Consorzio è stato respinto dalla III Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5070/2012, nella quale si sollecita tuttavia il giudice di prime cure ad approfondire "l'affermazione del Consorzio di aver partecipato alla gara, comprovando i requisiti morali e tecnico finanziari ex art. 38 codice appalti, intendendo eseguire direttamente e autonomamente le prestazioni oggetto dell'appalto senza avvalersi delle società consorziate").

Con motivi aggiunti notificati in data 21 marzo 2013 e depositati in data 27 marzo 2013 il Consorzio ricorrente ha impugnato il verbale n. 14 del 21 febbraio 2013 (comunicato al Consorzio con nota del 25 febbraio 2013 prot. n. 2013/0032542), con il quale la Commissione di gara ha disposto di escludere il Consorzio San Raffaele (anche) per "incompletezza delle dichiarazioni rese dal Consorzio ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, mancando, sia quella del vicepresidente, sia quella del direttore generale, pur essendo tali soggetti dotati di poteri di rappresentanza".

Il Consorzio ricorrente ha contestato la legittimità del verbale impugnato con motivi aggiunti per: Violazione e falsa applicazione art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere. Violazione del principio del *favor participationis*.

All'udienza pubblica del 28 novembre 2013, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

Con l'unico articolato motivo del ricorso introduttivo del giudizio, il Consorzio ricorrente ha dedotto violazione dell'art. 43 d.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 18 2° comma della legge n. 241/1990, violazione del principio del *favor participationis* e violazione degli artt. 38, 46 e 46-bis del d.lgs. n. 163/2006.

Sostiene, anzitutto, il Consorzio ricorrente che la sua esclusione dalla procedura di gara (per omessa indicazione dei soggetti che compongono il Consorzio medesimo nonché per la mancata allegazione della dichiarazione dei soggetti consorziati relativa al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006) sarebbe illegittima, in quanto il Consorzio San Raffaele ha partecipato in proprio alla procedura di gara de qua e, in caso di aggiudicazione, avrebbe proceduto esso stesso all'espletamento del servizio, senza avvalersi delle società consorziate.

A supporto della propria tesi, evidenzia che l'obbligo dei Consorzi di indicare i consorziati sussisterebbe solo se questi ultimi siano individuati come esecutori delle prestazioni contrattuali.

L'esclusione sarebbe illegittima anche per violazione dell'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 18, 2° comma,

della legge n. 241/1990, in quanto, essendo il Consorzio San Raffaele l'attuale gestore del servizio oggetto d'appalto, la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire d'ufficio i documenti mancanti.

Infine, la parte ricorrente deduce violazione degli artt. 38, 46 e 46-bis del codice dei contratti pubblici, sostenendo che la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere *tout court* il Consorzio dalla procedura di gara, avendo l'onere di attivare il procedimento del c.d. soccorso istruttorio, di cui all'art. 46-bis del codice dei contratti pubblici. Le censure non possono essere condivise.

In base ai documenti depositati in giudizio il Collegio rileva che il Consorzio San Raffaele ha partecipato alla procedura di gara *de qua* come "Consorzio ordinario di concorrenti ex art. 34 comma 1 lettera e) del d.lgs. n. 163/06".

Premesso ciò, la tesi della parte ricorrente si rivela destituita di fondamento giuridico, in quanto l'art. 34, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 163/2006 nell'individuare tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici "i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile" rinvia espressamente all'art. 37 del medesimo d.lgs. n. 163/2006, che ai commi 3 e 4, dispone testualmente: "Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati".

Né può essere condivisa l'affermazione della parte ricorrente secondo la quale le dichiarazioni delle società consorziate non sarebbero state necessarie nel caso di specie, provvedendo il Consorzio stesso alla gestione del servizio.

In proposito, il Collegio fa rilevare che i Consorzi ordinari, pur costituendo autonomi soggetti giuridici, non hanno un'autonoma struttura aziendale (a differenza dei Consorzi stabili), ma si avvalgono di quella delle imprese consorziate; ne consegue che sono sempre le singole società consorziate ad assumere concretamente i servizi in appalto attraverso il Consorzio appositamente costituito.

Ciò, del resto, trova conferma nello stesso atto costitutivo del Consorzio San Raffaele che, all'art. 3, dopo aver precisato le funzioni che il Consorzio svolgerà in proprio (partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi sanitari di gestione di case di cura e R.S.A.; formalizzazione degli atti negoziali necessari; gestione dei rapporti con le amministrazioni pubbliche e/private e con i terzi; stipulazione dei contratti e convenzioni) ripartisce tra le società consorziate alcune funzioni; in particolare, alla "Tosinvest Sanità" società a responsabilità limitata sono assegnati: a) il controllo di qualità ; b) servizi contabili, amministrativi e finanziari; alla Fondazione "San Raffaele": a) i servizi informatici; alla "Innovazione Sanitaria s.p.a.": a) la ricerca e la formazione degli operatori locali; alla "Sint. El. s.r.l.": a) i rapporti con i fornitori del servizio.

La ripartizione sopra richiamata dei compiti tra i soggetti consorziate trova ulteriore conferma nel certificato della Camera di Commercio prodotto dal Consorzio ricorrente ai fini della partecipazione alla gara.

Se ne deduce che il Consorzio San Raffaele, pur essendo un autonomo soggetto giuridico, non ha una propria struttura aziendale e, conseguentemente, per perseguire gli scopi per i quali è stato istituito deve necessariamente avvalersi dei soggetti consorziate ("Tosinvest Sanità" Fondazione "San Raffaele"; "Innovazione Sanitaria s.p.a."; "Sint. El. s.r.l.").

Ne consegue conclusivamente che, ai fini della partecipazione alla procedura di gara *de qua*, il Consorzio ricorrente aveva l'onere di produrre le dichiarazioni dei soggetti consorziate attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Né può essere condivisa la tesi della parte ricorrente secondo la quale la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire d'ufficio la documentazione relativa alle società consorziate, in relazione al rapporto contrattuale in essere o al più attivare il cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 46-bis del d.lgs. n.163/2006.

Con riguardo al primo profilo, il Collegio fa rilevare, da un lato, che l'assetto e la composizione delle società non costituiscono elementi statici e immutabili, essendo anzi di regola oggetto di continue modifiche, dall'altro, che era onere del Consorzio produrre la documentazione amministrativa prevista dal bando di gara (diversamente opinando si dovrebbe ritenere che i soggetti che abbiano o abbiano avuto rapporti contrattuali con la p.a., in sede di partecipazione alle gare pubbliche, non siano tenuti a produrre la documentazione attestante i requisiti di capacità generale di cui all'art. 38 del codice degli appalti).

Con riguardo al secondo profilo, il Collegio fa rilevare che secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, dal quale non vi è motivo di discostarsi, nelle gare pubbliche il cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 comma 1-bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 è invocabile unicamente in caso di irregolarità e incompletezze parziali delle dichiarazioni, che siano state comunque ritualmente presentate in sede di gara, e non già nel caso di totale omissione delle stesse (*ex multis*, Consiglio di Stato 26 settembre 2013 n. 4815).

Nel caso di specie, le dichiarazioni delle società consorziate non sono state rese in maniera incompleta o irregolare, ma sono state del tutto omesse.

Con motivi aggiunti il Consorzio ricorrente ha impugnato il verbale di gara n. 14 del 21 febbraio 2013, con il quale la Commissione di gara ha individuato un ulteriore motivo di esclusione del Consorzio medesimo dalla procedura di gara di cui sopra, rappresentato dalla mancata produzione in sede di gara della dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici da parte del vice presidente e del direttore generale del Consorzio.

Dopo aver evidenziato il preteso carattere irrituale del procedimento di gara, il Consorzio ricorrente ha contestato la legittimità dell'impugnato verbale per violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e per eccesso di potere in relazione alla dedotta violazione del *favor participationis*.

Sostiene il Consorzio ricorrente che né il direttore generale né il vice presidente sarebbero tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, in quanto il primo non ha poteri decisionali ed il secondo ha una funzione meramente vicaria.

Oltre a ciò, né la legge né il bando di gara comminerebbero l'esclusione dalle gare pubbliche per la mancata produzione della dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Sostiene, infine, il Consorzio ricorrente che il modulo della domanda di partecipazione allegato al bando faceva esclusivamente riferimento al "legale rappresentante" o a "persona munita di idonea procura".

Le censure non possono essere condivise.

Anzitutto, il Collegio fa rilevare che non è precluso alla Commissione di gara di individuare nel corso del procedimento di gara ulteriori motivi di esclusione dalla gara di soggetto per il quale sia già stata comminata l'esclusione. Nel caso di specie poi l'intervento della Commissione di gara è stato verosimilmente indotto dalla produzione del certificato della camera di commercio prodotto dal Consorzio in sede di verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico- organizzativa, disposta ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006 (come sembra doversi desumere dalle memorie depositate dalla amministrazione in data 26 novembre 2012 e 12 novembre 2013).

Passando al merito delle dedotte censure, il Collegio fa rilevare che l'art. 38, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006, che disciplina i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, comporta che il primo criterio da seguire per

l'individuazione dei soggetti obbligati, con riferimento alle persone giuridiche (e dunque alle società di capitale ed ai consorzi dotati di personalità), è costituito dalla riconoscibilità e ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare; per cui nell'ambito del rapporto societario la dichiarazione sostitutiva, richiesta, a pena di decadenza, dal bando di gara consiste nel ricercare, nello statuto della persona giuridica, quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza; non assume, invece, rilievo il fatto che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria; conta, infatti, in concreto, la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, per di più nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore, e, sostanzialmente senza controllo sulla effettività dell'impedimento e della assenza (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 19 ottobre 2011 n. 2490).

Nel caso di specie, dal certificato della Camera di Commercio prodotto in sede di gara risulta che i poteri di rappresentanza del Consorzio San Raffaele erano attribuiti, oltre che al presidente del Consorzio, anche al vice presidente, per l'ipotesi di assenza o di impedimento del presidente. Risulta, altresì, che al direttore generale del Consorzio San Raffaele erano stati delegati dal Consiglio direttivo significativi poteri rappresentativi.

Ne consegue, sulla base del chiaro dettato normativo, che il Consorzio ricorrente, ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui sopra, aveva l'onere di allegare anche le dichiarazioni sostitutive del vice presidente e del direttore generale, attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dovendo ritenersi irrilevante che, con riguardo al vice presidente, i poteri di rappresentanza potessero essere esercitati solo in funzione vicaria (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2010 n. 3325).

Del resto, il Collegio rileva che il disciplinare di gara con riguardo alla domanda di partecipazione rinviava espressamente all'allegato V, contenente il modulo per le dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti di partecipazione, e che detto modulo richiedeva (al punto 3.1) l'espressa indicazione degli "Amministratori delegati a rappresentare ed impegnare legalmente l'impresa", mentre, in sede di gara, il presidente del Consorzio San Raffaele ha indicato solo se stesso, come soggetto dotato di poteri di rappresentanza.

In considerazione dell'iter articolato della procedura di gara e della complessità delle questioni sollevate dalle parti, ritiene, tuttavia, il Collegio che nel caso di specie sussistano, ai sensi degli artt. 26 comma 1 c.p.a. e 92 comma 2 c.p.c., gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, come integrato dai motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Paolo Marotta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)